Die Gemeinschaftlichkeit der Beweis-Urkunden und Zeugen.

Von

Renaud.

§. 1.

Einleitung.

Als eine Wirkung der Production der Beweismittel pflegt man mit Rücksicht auf die hier vorzüglich in Betracht kommenden Zeugen und Urkunden deren Gemeinschaftlichkeit mittelst des durch die Doctrin formulirten Satzes zu bezeichnen: „**testes et documenta per productionem fiunt communia.**“

Daß dieser Grundsatz unbestimmt, indem er der zweifachen Frage Raum läßt, worin sich diese Gemeinschaftlichkeit äußert und was unter dem an sich vieldeutigen Ausdrucke „Production“ hier zu verstehen, bedarf kaum der Erwähnung, da die vielen und gründlichen Erörterungen jenes Axioms wesentlich den Zweck verfolgt haben, das Princip nach der angedeuteten doppelten Seite hin näher zu bestimmen. Ungeachtet dieser verdienstvollen Arbeiten [1]) dürfte aber ein neuer Versuch den Grundsatz von der Gemeinschaftlichkeit der Beweismittel zu erörtern um deßwillen nicht als ungerechtfertigt erscheinen, weil es in dieser Lehre nicht allein bis jetzt an feststehenden Sätzen in Theorie und Praxis gebricht, sondern auch die gedachten Ab-

1) Gönner Handb. II. S. 314; Spangenberg im Archiv für civilist. Praxis Band V, S. 415 flg.; Heise und Cropp Abhandl. I. S. 113 flg.; Linde in der Zeitschrift für Civilrecht u. Proceß Bd. VI. S. 383 flg.; Hesse im Archiv für civilist. Prax. Bd. XXIII. S. 1 flg.; Linde ebendas. Bd. XXIV. S. 77 flg.; Knorr in der Zeitschrift für Civilrecht und Proceß Bd. XVII. S. 107 flg.

handlungen theils nicht alle hier in Betracht kommenden Verhältnisse berücksichtigt, theils auch unsers Erachtens nicht ausreichend zwischen den verschiedenen Arten von Beweismitteln unterschieden haben.

Wenn nun unter der Gemeinschaftlichkeit eines Beweismittels im Allgemeinen nichts anderes verstanden werden kann, als daß dessen Gebrauch dem Gegner des Beweisführers von einem gewissen Zeitpunkte an zu Statten kömmt, so ist doch eine doppelte Art und Weise, wie dies geschieht, denkbar. Möglich ist einmal, daß das Beweismittel der einen Partei der andern seinem Inhalte nach nützt, daß also die mit einem gewissen Zeitpunkte eintretende Gemeinschaftlichkeit sich auf den Inhalt der Beweisurkunde, auf die Aussagen der Zeugen bezieht. Denkbar ist aber auch, daß eine Gemeinschaftlichkeit der Beweismitteln rücksichtlich solcher Bedingungen der Beweiskraft, die von deren Inhalte unabhängig, eintritt, daß also namentlich eine von der einen Partei gebrauchte Beweisurkunde zum Vortheile der Gegenpartei als ächt, ein Zeuge jener zum Vortheile dieser als persönlich vollkommen glaubwürdig zu betrachten ist. Die Gemeinschaftlichkeit eines Beweismittels in diesem letztern Sinne setzt aber nicht nothwendig eine Gemeinschaftlichkeit des Inhalts voraus, indem sie vielmehr auch dann von praktischer Bedeutung sein kann, wenn beide Streittheile sich des nämlichen Beweismittels bedienen.

Daß nun unsere geschriebenen Quellen für die in Frage stehende Lehre eine sehr geringe Ausbeute gewähren, ist bekannt, obwohl man manche in keiner unmittelbaren Weise einschlagende Stellen hier angezogen hat, wie dies namentlich hinsichtlich des Cap. 19 X de Censib. (3. 39) der Fall gewesen. Denn es spricht diese Decretale lediglich aus, daß es „absonum", d. h. einen Widerspruch enthaltend sei, wenn Jemand sich auf eine bischöfliche Urkunde berufe, um ein ihm über eine Kirche zustehendes Recht darzuthun, und dann wieder bestreite, daß diese Kirche in der betreffenden Diöcese gelegen [2]).

2) Unrichtig versteht die Stelle Strippelmann der Beweis durch Schrifturkunden, Abth. II. S. 82.

Indem aber die Quellen in der That lediglich der Gemeinschaftlichkeit der Beweismittel rücksichtlich der von deren Inhalte unabhängigen Bedingungen der Beweiskraft erwähnen, dürfte es zweckmäßig sein, zunächst auf diese einzugehen.

§. 2.

Die Gemeinschaftlichkeit der Beweismittel rücksichtlich der Bedingungen ihrer Beweiskraft.

Justinian bestimmte in Nov. 49 c. 2 [3]), daß, wenn eine Partei sich zum Zwecke einer comparatio litterarum auf eine von ihrem Gegner producirte Privaturkunde berufe, letzterer sich einen solchen Gebrauch gefallen lassen müsse, obwohl sonst nur instrumenta publice confecta als Vergleichsurkunden benutzt werden dürften. Denn es könne derjenige, welcher selbst auf eine Urkunde sich bezogen, sich nicht durch Bestreitung der Aechtheit derselben mit sich in Widerspruch setzen.

„Cui enim ipse fidem habet, quodque protulit, et ex quo jura sua fluunt, id non calumnietur; . . . Neque enim ipse secum pugnabit, et quae affirmat calumnietur.“

Wie schon die ratio legis beweist, enthält die Nov. keine singuläre auf die Schriftenvergleichung einzuschränkende Bestimmung, sondern vielmehr eine Anwendung des in der Natur der Sache begründeten Grundsatzes, daß eine Partei, welche sich zum Zwecke ihrer Beweisführung auf eine Urkunde berufen und damit deren Aechtheit anerkannt habe, diese letztere dann nicht in Abrede stellen könne, wenn ihr Gegner das nämliche Instrument als Beweismittel vorschlage, indem sie sonst calumniose handeln würde [4]). Dagegen ist von einer Gemeinschaftlichkeit des Inhalts einer Beweisurkunde in diesem Gesetze nicht die Rede, eine solche daraus auch nicht zu folgern, weil die Gemeinschaftlichkeit eines Beweismittels rücksichtlich der Bedingungen seiner Beweiskraft jene nicht voraussetzt, wie denn die Nov. ausdrücklich nur von dem

3) S. auch Auth. ad haec C. de fide instrum. (4. 21).

4) Linde Zeitſ. f. Civilrecht u. Proceß Bd. VI. S. 385.

Falle spricht, daß beide Parteien sich auf die nämliche Urkunde zum Zwecke ihres Beweises bezogen. — Freilich soll hiermit nicht behauptet werden, daß, wenn eine nur von Einem Streittheile inducirte Urkunde ihrem Inhalte nach dem Gegentheile zu Statten kommen sollte, was später zu untersuchen, der in der Nov. 49 anerkannte Grundsatz nicht auch hier zur Anwendung käme; nur war von vorneherein festzustellen, daß eine Gemeinschaftlichkeit des Inhalts der Beweisurkunden auch folgerungsweise aus jenem Gesetze sich nicht ergiebt.

Wohl aber findet das daselbst anerkannte Princip auch auf andere Beweismittel, und insbesondere auf Zeugen, Anwendung. Denn hat eine Partei einen Zeugen producirt und damit dessen vollkommene persönliche Glaubwürdigkeit anerkannt, so kann sie dieselbe nicht bestreiten, wenn ihr Gegner sich der nämlichen Person zum Zwecke seiner Beweisführung bedienen will, oder wenn deren Aussagen, auch abgesehen hiervon, der Gegenpartei zu Statten kommen sollten; — im entgegengesetzten Falle würde der Producent calumniose handeln, „secum pugnare et quae affirmat calumniari."

Auch hat Justinian diesen Grundsatz ausdrücklich sogar in der Ausdehnung anerkannt, daß, wenn Jemand in einem frühern Processe sich eines Zeugen bedient, derselbe in einem spätern Rechtsstreite keine Einwendungen gegen die persönliche Glaubwürdigkeit dieses nunmehr gegen ihn producirten Zeugen mit Wirksamkeit vorschützen könne (non licebit ei personas eorum excipere), wenn er nicht eine später entstandene Feindschaft oder stattgehabte Bestechung darzuthun vermöge [5]), — eine Bestimmung, deren Sinn der ist, daß der Probat gegen die persönliche Glaubwürdigkeit eines Zeugen, welchen er in einem frühern Processe selbst gebraucht, solche Einwendungen nicht geltend machen kann, welche damals schon bestanden und ihm auch bekannt waren [6]). Hieraus ergiebt sich aber, was schon

---

5) Const. 17 C. de testib. (4. 20).

6) Glück Erläut. XXII. S. 225 flg.; Oesterbing Ausbeute, IV. 1. S. 97 flg.

aus Nov. 49 C. 2 folgt, daß nicht allein ein Zeuge, welcher in dem nämlichen Rechtsstreite von beiden Theilen producirt worden, für seine Person als vollkommen glaubwürdig zu betrachten [7], sondern daß abgesehen hiervon eine Partei die Glaubwürdigkeit ihres Zeugen, sofern dessen Aussagen dem Gegner zu Statten kommen sollten, in wirksamer Weise zu bestreiten nicht vermag.

Frägt man nun, mit welchem Momente die hier besprochene Gemeinschaftlichkeit der Beweismittel eintritt, so genügt es nicht, wenn man, wie oft geschieht, als maßgebenden Zeitpunct denjenigen der Production bezeichnet, weil man von Production in verschiedenem Sinne spricht. Auch ist es klar, daß der Eintritt der bezeichneten Wirkungen nicht an einen bestimmten Abschnitt des Processes geknüpft ist, da eine Partei gegen die persönliche Glaubwürdigkeit der gegnerischen Zeugen regelmäßig selbst dann keine Einwendungen geltend machen kann, wenn sie sich der nämlichen Zeugen in einem früheren Rechtsstreite bedient. — Erwägt man vielmehr, daß das Princip, auf welchem die die Bedingungen der Beweiskraft der Urkunden und Zeugen betreffenden vorstehends erörterten Regeln beruhen, das ist, daß keine Partei sich mit sich selbst in Widerspruch setzen darf, — daß aber die Anerkennung der Aechtheit einer Urkunde sowie der Glaubwürdigkeit eines Zeugen schon in der förmlichen Bezugnahme auf ein solches Beweismittel zum Zwecke einer Beweisführung liegt, so wird man die in Frage stehende Gemeinschaftlichkeit mit diesem Vorschlage, gleichgültig in welchem Stadium des Processes derselbe geschehen, eintreten lassen [8]; und nicht erst mit der gerichtlichen Vorlage des Urkunden-Originals oder der stattgehabten Einvernehmung des Zeugen.

Aus diesem Grunde ist denn bezüglich einer Urkunde, welche beide Theile inducirt haben, ein Aechtheits-Beweisverfahren nicht einzuleiten, dagegen die Einvernehmung eines von beiden Parteien vorgeschlagenen Zeugen selbst dann anzuordnen,

---

7) Leyser med. ad pand. Spec. 283. m. 26; Seuffert Archiv Bd. VI. No. 73.

8) Linde in der Zeitf. f. Civilr. u. Proceß Bd. VI. S. 397 a. E.

wenn von dem einen Streittheile solche Einwendungen gegen denselben vorgebracht sein sollten, welche an sich geeignet dessen Verwerfung zu begründen.

Inwieferne jedoch mit dem Aufgeben des Beweismittels Seitens einer Partei jene Gemeinschaftlichkeit wegfällt, wird erst später untersucht werden können.

§. 3.

Die Gemeinschaftlichkeit des Inhalts der Beweismittel, insbsondere der Urkunden.

Wenn, wie schon früher bemerkt, die Quellen des gemeinen Rechts Bestimmungen über die Gemeinschaftlichkeit des Inhalts der Beweismittel nicht enthalten und man demnach bei der Prüfung, ob und inwieweit derselbe dem Gegner des Probanten und resp. Reprobanten zu Statten kömmt, an die allgemeinen Proceßrechtsgrundsätze und die Natur der Sache gewiesen ist, so erscheint es mit Rücksicht auf das letztere Moment als zweckmäßig, diese Untersuchung hinsichtlich der verschiedenen Arten von Beweismitteln, und insbesondere der Urkunden und Zeugen, besonders zu führen. Rücksichtlich beider aber wird zu unterscheiden sein, ob das Beweismittel nur von Einer Partei, oder ob es von beiden Streittheilen inducirt worden.

Was nun zunächst die Urkunden anbetrifft, und zwar den vorerst zu betrachtenden Fall, daß nur eine Partei sich auf ein gegebenes Instrument zum Zwecke ihrer Beweisführung bezogen, so ist die Frage ob und inwieweit der Inhalt eines solchen der Gegenpartei zu Statten kömmt, hier um so wichtiger, als dieser Inhalt nicht immer ein einfacher und gleichartiger sein wird, sondern ein zusammengesetzter, ja verschiedenartiger sein kann, (sog. gemischte Urkunden).

So kann z. B. eine Urkunde eine Disposition und ein Zeugniß enthalten, wie ein Testament oder Codicill, worin der Disponent erklärt, daß er die und die Forderung, welche er gegen den NN. habe, an den X. vermache.

So kann der Inhalt eines Instrumentes aus einem Geständnisse und Zeugnisse zusammengesetzt sein, wie dieß

bei einer Einnahme- und Ausgabeposten aufstellenden Rechnung des Verwalters eines fremden Vermögens der Fall.

So kann endlich eine Urkunde ein Geständniß und eine Willenserklärung umfassen, wie z. B. der Schein, in welchem ein Verkäufer den Empfang des Kaufpreises quittirt und zugleich erklärt, eine gewisse Garantie für die verkaufte Sache zu übernehmen.

Allein auch bei Urkunden von einfachem Inhalte ist die Frage nach der Gemeinschaftlichkeit desselben um deßwillen von Bedeutung, weil ein solcher Inhalt einen andern Sinn als denjenigen, welchen der Producent unterstellte, haben, und demnach an sich der Gegenpartei günstig sein kann.

Mit Rücksicht nun auf Documente von zusammengesetztem Inhalte stellten namentlich die älteren Processualisten den Grundsatz auf, daß diese durch deren Production „individua et communia" würden, indem sie mit a. W. behaupteten:

„quod is, qui instrumenta producit, omnia contenta in instrumentis fateri censeatur, . . . non solum quoad ea, quae ibi principaliter disponuntur, sed etiam quoad dicta incidenter et enunciative" [9]).

Nur wurde darüber gestritten, ob und inwieferne die Protestation des Producenten, daß er sich der Urkunde nur so weit bedienen wolle, als sie für ihn spreche, den Eintritt der Untheilbarkeit und Gemeinschaftlichkeit derselben hindere [10]).

In Anwendung des Satzes von der mit deren Production eintretenden Gemeinschaftlichkeit einer Urkunde wurde denn auch behauptet, daß die Regel „scriptura privata pro scribente nil probat" dann eine Ausnahme erleide, wenn das, das schriftliche Privatzeugniß enthaltende Document vom Gegner des Aus-

---

9) Maranta († 1530) de ordine judicior. sive speculum aureum P. VI. de actor. edit. no. 2 sqq.; — Colerus de process. executiv P. III. cap. 8 no. 62; — Berlich conclus. practic. P. I. concl. 43 no. 20 sqq.; — Ummius disput. ad proc. judic. direct. XVII. no. 46; — Mevius decis. P. VII. dec. 346. P. VIII. dec. 112; — Leyser med. ad pand. spec. 263 m. 4 u. m. 5; S. auch Gönner Hdb. II. S. 314.

10) Vgl. hierüber Heise und Cropp jurist. Abhandlung. I. S. 113 sqq.

stellers producirt worden sei, indem ein solches Zeugniß alsdann auch für den Aussteller beweise [11]).

Daß diese Sätze nun in unsern Quellen nirgends anerkannt, braucht nach dem früher Bemerkten kaum erwähnt zu werden [12]). Allein es sind dieselben auch an und für sich unrichtig, weil wider die Natur der Sache verstoßend.

Vielmehr ergibt sich aus dieser letztern Folgendes:

Wenn eine Partei zum Zwecke ihrer Beweisführung sich auf eine Urkunde beruft, so thut sie dies nur insoweit als deren Inhalt sich auf das betreffende Beweisthema bezieht oder zu beziehen scheint, und producirt demnach nicht das Document in allen den verschiedenen Bestandtheilen, aus denen es zusammengesetzt sein kann. Indem nun der Beweis hinsichtlich einer bestimmten Thatsache angetreten wird, wird hiedurch der Umfang, in welchem die Urkunde als Beweismittel vorgeschlagen, bezeichnet, und bedarf es zu diesem Zwecke an sich keiner Protestation, wiewohl eine solche unter Umständen nützlich sein kann [13]).

Gesetzt z. B. eine Partei, welche auf Auszahlung eines ihr ausgesetzten Vermächtnisses geklagt, producirt zum Beweise ihres Klagefundaments eine Testamentsurkunde, so beruft sie sich auf dieses Instrument nur insoweit, als dasselbe die betreffende letztwillige Disposition wirklich oder vermeintlich enthält; keineswegs aber ist das Document seinem ganzen Inhalte nach, also auch insoweit z. B. als darin ein vom Testator dem Kläger gegebenes Darlehen behauptet ist, für producirt zu erachten.

Wenn aber eine Urkunde nur insoweit als producirt zu betrachten, als sich deren Inhalt auf die Thatsache bezieht, hinsichtlich welcher sie als Beweismittel dienen soll, so folgt hieraus daß in der Production eines Documents keine Anerkennung aller Contenta desselben von Seiten des Producenten liegt, dieses

---

11) Carpzow defin. P. I. concl. 17 def. 34; — und von den neuern Processualisten: Gensler im Arch. f. civ. Praxis Bd. II. S. 3; Danz, ord. Proz. §. 327; Linde Lehrb. §. 276.

12) Heise und Cropp jurist. Abhdl. I. S. 118 sqq.

13) Strippelmann der Beweis durch Schrifturkunden Abtheil. II. S. 86

auch nicht „individuum et commune" in allen seinen Bestandtheilen wird [14]).

Selbstverständlich hat übrigens der Richter den für producirt zu erachtenden Bestandtheil der Urkunde aus dessen Zusammenhang nicht zu reißen, und den ganzen Inhalt des Documents insoferne in Betracht zu ziehen, als derselbe geeignet ist auf die materielle Glaubwürdigkeit oder Relevanz des in Frage stehenden Theiles Licht zu werfen, eine Prüfung, gegen welche der Producent sich durch eine Protestation nicht schützen kann [15]). Hat sich z. B. eine Partei auf eine Urkunde insoferne berufen, als diese ein zu ihrem Vortheile von der Gegenpartei abgelegtes Geständniß enthalten soll, so hat der Richter den weiteren Inhalt des Documents insoweit zu berücksichtigen, als daselbst Zusätze enthalten sind, welche das vermeintliche Geständniß zu einem bloß scheinbaren machen, oder als aus jenem hervorgeht, daß der Aussteller das Bewußtsein von der Bedeutung seiner Erklärung nicht hatte [16]).

Schon hieraus ergibt sich aber, daß der Inhalt der von einer Partei zum Zwecke ihrer Beweisführung benützten Urkunde der Gegenpartei in einem gewissen Umfange gemeinschaftlich wird, indem er dieser nämlich insoferne zu Statten kömmt als darin Gründe gegen die materielle Beweiskraft des Instruments bezüglich der Thatsache, die mittelst desselben erbracht werden sollte, enthalten.

In der That besteht jedoch jene Gemeinschaftlichkeit noch in einem weiteren Umfange, da auch die Gründe vom Richter in Betracht zu ziehen sind, welche die Urkunde gegen die Wahrheit der Thatsache, zu deren Beweis sie producirt worden, darbietet. Hat sich z. B. eine Partei auf eine Vertragsurkunde berufen, um die Constituirung einer gegebenen Servitut zu ihren Gunsten

14) Vgl. die Entscheidungen bei Strippelmann a. a. O. II. S. 88 Not. 29; — Seuffert Arch. Bd. IV. Nr. 173; VIII. Nr. 181.

15) Nur in diesem Sinne ist demnach Grolmann Theorie §. 194 beizustimmen, wenn er es für lächerlich hält, wenn der Producent erkläre, daß er die Urkunde nur in passibus utilibus producirt haben wolle.

16) Heise und Cropp jur. Abh. I. S. 123 sqq.; Strippelmann a. a. O. II. S. 85.

zu beweisen, so wird jene Urkunde der Gegenpartei insoferne zu Statten kommen, als sie Gründe gegen die Wahrheit der behaupteten Servitutserrichtung oder der zum Beweise übernommenen **unbeschränkten** Bestellung der Dienstbarkeit enthalten sollte. Denn es hat der Streittheil, welcher zur Herstellung eines gegebenen Beweissatzes eine Urkunde producirt, dem Richter durch das Mittel der schriftlichen Verkörperung eine Disposition, ein Zeugniß oder Geständniß vorgelegt, deren Sinn und Bedeutung derselbe gerade so wie deren Bestand und Gültigkeit zu prüfen hat, mag nun eine solche Prüfung Gründe für oder gegen die Wahrheit der in Frage stehenden Thatsache oder auch einen Mangel an Gründen in der einen und andern Richtung ergeben. Der Grund jener sog. Gemeinschaftlichkeit des Inhalts der von einer Partei producirten Urkunde ist demnach nicht darin zu suchen, wie die älteren Processualisten meinten [17]), daß diese ein Theil der Acten geworden, indem eine solche Auffassung zur unstatthaften Consequenz führt, daß der Richter schlechtweg den gesammten Inhalt des Documents zu berücksichtigen habe. Ebensowenig liegt jener Grund in einem durch die Vorlegung der Urkunde für den Producten begründeten Rechte [18]), da es für die Annahme eines solchen an jedem Rechtsgrunde, d. h. sowohl an einer Rechtsvorschrift als an einer hierauf gerichteten Absicht der streitenden Theile fehlt. Vielmehr beruht die bezeichnete Gemeinschaftlichkeit des Documents, dessen sich eine Partei zum Zwecke ihrer Beweisführung bedient, darauf, daß der Richter bei der Prüfung des ihm durch die Parteienthätigkeit vorgelegten Beweismaterials, soweit dasselbe als ihm unterbreitet zu betrachten, nach der materiellen Wahrheit zu forschen hat, weil es sich hier nunmehr lediglich um die richterliche Reflexion handelt, um die Auslegung des bezüglichen Inhalts der Urkunde. Daher kömmt denn das vom Probanten producirte Instrument, sofern es Gründe gegen die Wahrheit der Thatsache, zu deren Beweis es

---

17) Wie z. B. **Maranta** specul aureum, P. VI. de actor. edit. no. 2.

18) Dieß die Meinung von **Linde** Zeitschr. f. **Civilr.** u. **Proceß** Bd. VI. S. 398.

dienen sollte, enthält, dem Probaten nicht allein dann zu Statten wenn dieser sich auf die Urkunde bei seiner Gegenbeweisantretung nicht berufen, sondern selbst in dem Falle, daß er einen Gegenbeweis nicht oder nicht rechtzeitig angetreten [19]), und auch im Hauptverfahren auf jene keinen Bezug genommen hat.

Kann es hiernach keinem Zweifel unterliegen, daß die zum Beweise einer gegebenen Thatsache producirte Urkunde dem Probaten insoweit zu Statten kömmt, als sie Gründe gegen ihre materielle Beweiskraft oder gegen die Wahrheit des Ereignisses, zu dessen Herstellung sie dienen sollte, enthält, so entsteht im Weitern die Frage, ob und inwieferne ein zum Zweck der Führung eines directen Gegenbeweises benütztes Document dem Reproducten Vortheil bringt, wenn es Gründe für die juristische Wahrheit eines Hauptbeweissatzes darbietet.

Vorerst dürfte es hier zweifellos sein, daß die vom Reproducten producirte Urkunde der Gegenpartei dann keinen Nutzen gewähren kann, wenn diese den ihr obliegenden Hauptbeweis nicht oder nicht rechtzeitig oder doch hinsichtlich des Beweissatzes, gegen dessen Wahrheit jenes Document Gründe beschaffen sollte, nicht angetreten hat; weil eine thatsächliche Behauptung, welche die Partei, die sie herzustellen hatte, zum Beweise nicht übernommen, für den betreffenden Rechtsstreit als aufgegeben zu betrachten ist [20]).

Anders verhält es sich dagegen, wenn der Gegner des Reprobanten den Beweis der Thatsache angetreten, gegen deren Wahrheit dieser mittelst der von ihm producirten Urkunde Gründe beizubringen bezweckte. Hat z. B. in einem Negatorienstreite der Beklagte den ihm obliegenden Beweis, daß ihm das Recht eingeräumt worden sei, die von ihm gekaufte Mühle mittelst des Wassers aus den Teichen des Klägers unbeschränkt zu betreiben, mit Zeugen unternommen, der Kläger dagegen die betreffende Kaufvertragsurkunde zum Zwecke der Darlegung producirt, daß die fragliche Servitut jedenfalls nur unter gewissen Beschrän-

19) Dagegen Schmid Hdb. §. 127.

20) Linde Zeitschr. f. Civilr. u. Proceß Bd. VI. S. 400; — Hesse im Arch. f. civ. Praxis Bd. 23, S. 14. — Dagegen Knorr Zeitschr. f. Civilr. u. Proceß Bd. XVII. S. 115 sqq., S. 123 sqq.

kungen errichtet worden, während bei richtiger Interpretation die Bestellung einer unbeschränkten Dienstbarkeit aus dem Documente sich ergibt, so kömmt dieses Gegenbeweismittel insoweit unbedenklich dem Probanten zu Statten. Denn es hat der Richter, indem er in Betreff eines gegebenen Beweissatzes die Ergebnisse des bezüglich desselben angetretenen Haupt- und directen Gegenbeweises prüft, die wahre Bedeutung des ihm von der einen und andern Seite hier unterbreiteten Beweismaterials festzustellen, und demnach der vom Gegenbeweisführer producirten Urkunde auch dann Rechnung zu tragen, wenn dieselbe nicht Gründe gegen, sondern solche für die Wahrheit jenes Satzes enthält.

Demgemäß nützt eine Urkunde, mittelst welcher der Reprobant Gründe gegen die Wahrheit einer gegnerischen Behauptung beibringen wollte, die aber in Wirklichkeit Gründe für deren Wahrheit in sich trägt, dem Probanten nicht allein unter der Voraussetzung, daß dieser den Beweis jener Thatsache unvollständig erbracht[21], sondern selbst dann, wenn ein solcher rechtzeitig angetretene Beweis an sich völlig mißlungen sein sollte[22].

Hiernach läßt sich denn der Grundsatz aufstellen, daß wie eine vom Probanten producirte Urkunde dem Probaten insoweit zu Statten kömmt, als sie Gründe gegen ihre materielle Beweiskraft oder gegen die Wahrheit des producentischen Beweissatzes enthält, so auch ein Beweisdocument des Reprobanten in Beziehung auf die Thatsche, gegen welche der directe Gegenbeweis gerichtet, der Gegenpartei, welche deren Beweis rechtzeitig angetreten, nützt[23].

Dagegen geht die Gemeinschaftlichkeit der von einem Streittheile, dem Probanten oder Reprobanten, benützten Urkunde nicht so weit, das letztere der Gegenpartei, von welcher sie nicht als Beweismittel inducirt worden, für den Beweis oder Gegenbeweis eines andern Beweissatzes Vortheil brächte[24].

---

21) So Spangenberg im Arch. f. civ. Proceß Bd. V. S. 419.

22) Linde Zeitschr. f. Civilr. u. Proceß Bd. VI. S. 400 sqq.

23) Seuffert Arch. Bd. VIII. Nr. 181.

24) Dagegen Linde Zeitschr. Bd. VI. S. 400 sqq.; und im Arch. f. civ. Praxis Bd. 24. S. 96 sqq. Bayer Vortr. S. 933.

Denn handelt es sich um verschiedene Thatsachen, so sind in Betreff jeder einzelnen nur die Gründe für und wider deren Wahrheit in Betracht zu ziehen, welche bezüglich dieser durch die Thätigkeit einer Partei zu den Acten gebracht, wogegen solche Beweismittel nicht zu berücksichtigen, die zu dem betreffenden Beweissatze von keiner Seite inducirt worden sind. Hat also z. B. der Kläger zum Beweise einer Klagethatsache eine Urkunde producirt, so kann auf Grund derselben eine Einrede, deren Herstellung der Beklagte mit anderen Beweismitteln versucht, nie als erbracht betrachtet werden; und ebensowenig vermag ein Instrument, mittelst dessen der Kläger Gründe gegen die Wahrheit einer Einredethatsache beizubringen bezweckte, zum Beweise des Fundaments einer andern Einrede zu dienen. Es folgt dies aus dem früher festgestellten Grundsatze, daß eine Urkunde nur insoweit für producirt zu erachten, als sich deren Inhalt auf die Thatsache bezieht, zu welcher sie als Beweismittel vorgeschlagen worden, sowie aus dem fernern Principe, daß der Richter nur solche Beweismittel zu berücksichtigen hat, welche durch die Thätigkeit einer Partei rechtzeitig beigebracht sind. Ist demnach eine Urkunde, sei es als Beweis- oder als Gegenbeweismittel zu einem gegebenen Beweissatze producirt worden, so kann sie rücksichtlich eines anderweitigen Beweissatzes, in dessen Betreff sie auch von der Gegenpartei nicht als Beweismittel vorgeschlagen, in keinen Betracht kommen, da sie in Ansehung der fraglichen Thatsache von keiner Seite inducirt ist[25]).

Sollen wir nun das Gesagte zusammenfassen, so tritt die Gemeinschaftlichkeit einer von Einer Partei producirten Urkunde nur insoweit ein, als sich deren Inhalt auf die Thatsache bezieht, in Betreff welcher sie als Beweis- oder Gegenbeweismittel vorgeschlagen worden; innerhalb dieser Gränzen aber kömmt das vom Probanten producirte Document dem Probaten insoferne zu Statten, als es Gründe gegen seine materielle Beweiskraft oder gegen die Wahrheit des Beweissatzes, welcher durch dasselbe

25) So auch im Allgemeinen Hesse im Arch. f. civ. Praxis Bd. 23, S. 15 sqq.; Knorr Zeitschr. f. Civilr. u. Prozeß Bd. 17 S. 125 sqq.

hergestellt werden sollte, enthält; während die vom Probaten gebrauchte Urkunde dem Probanten insoferne nützt, als sie Gründe für die Wahrheit der von diesem rechtzeitig zum Beweise übernommenen Thatsache, gegen deren Wahrheit sie Momente beizubringen bestimmt war, darbietet.

Frägt man nun, mit welchem Zeitpunkte jene Gemeinschaftlichkeit des Inhalts einer Urkunde eintritt, so ist es klar, daß die mit jenem Ausdrucke bezeichneten Wirkungen sich erst äußern können, wenn der Richter die Ergebnisse der Beweisführung hinsichtlich des Beweissatzes, zu welchem das Document als Beweis- oder Gegenbeweismittel inducirt worden, prüft, eine Prüfung, die nur dann möglich, wenn die Urkunde im Original vorgelegt und deren Aechtheit festgestellt ist. Da jedoch eine Partei die von ihr vorgeschlagenen Beweismittel aufzugeben befugt ist, so kann die Erörterung nicht umgangen werden, ob und inwieferne sie durch das Fallenlassen der inducirten Urkunde die ihr aus deren Gemeinschaftlichkeit drohenden Nachtheile von sich abzuwenden vermag.

Bei dem Mangel an quellenmäßiger Entscheidung kann man diese Frage nicht dahin beantworten, daß ein solches Aufgeben der Urkunde dem Producenten nur so lange gestattet sei, bis der Product ein Recht auf die Berücksichtigung des Instruments, soferne es Beweisgründe zu seinem Vortheile enthalten sollte, erworben, da, wie schon früher gezeigt worden, von einem derartigen Anspruche auf Seiten des Probaten, der nicht selbst die gegnerische Beweisurkunde als Beweismittel vorgeschlagen, keine Rede sein kann. Aus dem nämlichen Grunde kann man aber das Princip für die Bestimmung des Zeitpunkts, mit welchem der Producent seinem Gegner die Vortheile aus der Gemeinschaftlichkeit der Urkunde durch deren Fallenlassen nicht mehr zu entziehen vermag, auch nicht dahin formuliren, daß dies alsdann unthunlich sei, wenn das Beweismittel in seinen Ergebnissen wirklicher Theil der Acten geworden und die Gegenpartei die Befugniß erhalten habe, sich im Hauptverfahren darauf zu berufen [26]; — eine Fassung, gegen welche außerdem noch spricht,

26) So Hesse im Arch. f. civil. Prax. Bd. 23, S. 10 sqq.

daß, wie wir bereits früher gezeigt, die Gemeinschaftlichkeit einer Urkunde weder dadurch begründet, daß dieselbe ein Theil der Acten geworden, noch auch durch eine Bezugnahme des Producenten bedingt ist [27]).

Vielmehr liegt es in der Natur der Sache, daß im Beweisverfahren ein Stadium eintreten muß, mit welchem das Beweismaterial als ein von der Parteien-Willkür unabhängiges der richterlichen Prüfung unterbreitet ist, und demnach das Fallenlassen eines Beweismittels durch eine Partei insofern an der Actenlage nichts zu ändern vermag, als es sich nicht lediglich um das Aufgeben von Vortheilen von Seiten dieses Streittheils handelt, da in dieser Beziehung natürlich von einer Zeitbeschränkung nicht die Rede sein kann. Ein solches Stadium tritt aber dann ein, wenn die auf Benutzung und Beseitigung eines gegebenen Beweismittels gerichtete Thätigkeit der Parteien zum Abschlusse gekommen und der Richter im Stande ist, die Resultate der mittelst desselben beabsichtigten Beweisführung zu prüfen, weil hiermit eine Periode selbstständiger richterlicher Thätigkeit, der richterlichen Reflexion, welche zwar durch Ausführungen der Parteien unterstützt, in keiner Weise aber beschränkt werden kann, beginnt. Bei Urkunden wird nun jenes Stadium dadurch eröffnet, daß das Document im Originale dem Gerichte vorgelegt und seine Aechtheit hergestellt ist [28]).

Der Producent kann also die ihm aus der Gemeinschaftlichkeit des Inhalts der inducirten Urkunde drohenden Nachtheile durch Aufgeben dieses Beweismittels so lange abwenden, als das Instrument nur inducirt ist, sollte es auch der Gegenpartei bereits in Abschrift mitgetheilt [29]), oder sogar die Beweisfrist schon abgelaufen sein [30]); er kann diesen Nachtheilen aber selbst dann noch vorbeugen, wenn er die Urkunde fallen läßt, nachdem sie

---

27) S. auch Linde ebendas. Bd. 24, S. 84 sqq.
28) Knorr Zeitſ. f. Civilr. u. Proc. Bd. 17, S. 117 sqq.
29) Dagegen Oldenburg. Proc.-Ordn. Art. 187.
30) Dagegen Strippelmann Beweis durch Schrifturkunden II. S. 94.

dem Gegner im Originale vorgelegt worden, so lange deren Aechtheit nicht feststeht [31]), da jegliche Beweiskraft eines Instruments durch dessen Aechtheit bedingt ist, die Thätigkeit der Parteien also bezüglich dieses Beweismittels noch nicht zum Abschlusse gekommen, während dem Producenten keine Verpflichtung obliegt, die Aechtheit der von ihm aufgegebenen Beweisurkunde darzuthun.

§. 4.

Fortsetzung. — Die Gemeinschaftlichkeit des Inhalts einer von beiden Theilen als Beweismittel vorgeschlagenen Urkunde.

Wenn bisher der einfache Fall erörtert worden, daß nur die Eine Partei sich auf eine gegebene Urkunde zum Zwecke ihrer Beweisführung berufen, so ist es möglich, daß beide Theile rechtzeitig das nämliche Instrument induciren, da eine Partei im gesetzmäßigen Gebrauche eines Beweismittels dadurch nicht beengt sein kann, daß sich deren Gegner desselben bedient [32]). Ja es kann ein Streittheil eine im Besitze der Gegenpartei befindliche von dieser als Beweismittel vorgeschlagene Urkunde selbst dann zu seiner Beweisführung induciren, wenn er deren Edition zu fordern nicht berechtigt. Freilich wird hierdurch die das Instrument innehabende Partei zu dessen gerichtlicher Vorlage nicht verpflichtet, wogegen sie die einmal im Originale producirte Urkunde, die auch von gegnerischer Seite inducirt worden, nicht mehr zurückzuziehen vermag, weil das Beweisverfahren nunmehr in das Stadium gelangt ist, in welchem das Beweismaterial der Parteien-Willkür entzogen.

Wenn aber insbesondere beide Theile eine Urkunde zusammengesetzten Inhalts rechtzeitig als Beweismittel vorgeschlagen haben, so ist dieselbe von jeder Partei als in passibus utilibus inducirt

---

31) Dagegen die ältern Processualisten, wie Mynsinger singul. observat. Cent. VI obs. 76; ferner Bad. Proc.-Ordn. §. 401; Hannöv. Proc.-Ordn. §. 305.

32) Linde Arch. f. civ. Prax. Bd. 24, S. 87; Knorr in der Zeits. f. Civilr. u. Proc. Bd. 17, S. 109 flg.

zu betrachten, und bezüglich eines jeden der beiden Streittheile die Beweiskraft des angezogenen Bestandtheils, welcher jedoch selbstverständlich nicht aus seinem Zusammenhange zu reißen ist, je nach dessen Charakter zu beurtheilen [33]).

Diese in der Natur der Sache begründete Auffassung ist denn auch in den römischen Rechtsquellen ausdrücklich bestätigt [34])

In einem von Paulus referirten Rechtsfalle zwischen einem Deponenten und dem angeblichen Depositar hatten sich beide Theile auf eine von letzterm ausgestellte Urkunde, worin derselbe den Empfang eines Geldbedepositums mit dem Beifügen, daß ihm ein Theil des betreffenden Betrages vom Deponenten geschuldet werde, bekannt, berufen. Nach dem römischen Juristen sollte nun die Beweiskraft der verschiedenen Bestandtheile dieses Scheines keineswegs die nämliche sein, die Urkunde vielmehr nur das Depositum schlechtweg beweisen, wogegen die Prüfung, ob die Forderung des Depositars damit hergestellt werden könne, dem richterlichen Ermessen anheimgestellt bleiben sollte; offenbar deßhalb, weil das Instrument hinsichtlich des Depositums ein Geständniß des Ausstellers, hinsichtlich der Forderung dieses letzteren dagegen ein an sich unglaubwürdiges testimonium in propria causa enthielt, welches nur durch adminiculirende vom Richter zu erwägende Umstände, wie z. B. in Folge davon, daß der angebliche Schuldner den Schein entgegengenommen, einen Beweis zu liefern im Stande sein mochte [35]).

Wenn sonach die Glaubwürdigkeit der mehreren Bestandtheile einer Urkunde, auf welche sich beide Parteien berufen, je nach deren Charakter zu prüfen und folgeweise einer verschiedenen Beurtheilung unterliegen kann, so versteht es sich von selbst, was auch die Analogie der Nov. 49 bestätigt, daß insoferne als die materielle Beweiskraft der verschiedenen Theile eines solchen Documents ganz auf dem nämlichen Grunde beruhen sollte, die

---

33) Bayer Vortr. S. 847.

34) l. 26, §. 2 D. depositi (16. 3).

35) Heise u. Cropp jurist. Abhdl. I. S. 121 sqq.; — Linde in der Zeitschr. f. Civilr. u. Proceß Bd. VI. S. 386 sqq.; — Gerau in derseben Zeitschr. Bd. XX. S. 84 sqq.

Partei, welche sich auf die eine Stelle berufen, die Glaubwürdigkeit des gegen sie angerufenen Bestandtheils mit Wirksamkeit zu bestreiten nicht vermag [36]).

Auch tritt ferner bei einer Urkunde zusammengesetzten Inhalts, welche jede der beiden Parteien mit Rücksicht auf andere Stellen inducirt, die Gemeinschaftlichkeit des von dem einen Theile in Bezug genommenen Inhalts für den andern in dem früher bezeichneten Umfange ein. Denn es kann in dieser Hinsicht keinen Unterschied machen, ob die beiden Parteien auf verschiedene Instrumente, oder auf verschiedene Stellen eines und desselben Documents sich berufen.

Daß dagegen eine von beiden Theilen inducirte Urkunde ohne weiteres als ächt zu betrachten, wurde schon früher gezeigt, wogegen hier noch zu untersuchen, welchen Einfluß in dieser Beziehung das Aufgeben der Urkunde als Beweismittel von Seiten der einen Partei hat.

Hier kann es vorerst keinem Zweifel unterliegen, daß wenn ein solcher Verzicht erst stattfindet, nachdem die von beiden Seiten inducirte Urkunde dem Gerichte im Originale vorgelegt worden, derselbe bei Beurtheilung der bereits als festgestellt zu betrachtenden Aechtheit des Instruments ohne Einfluß ist, da nach unsern früheren Erörterungen das Beweisverfahren schon in ein Stadium getreten, in welchem das Beweismaterial der Einwirkung der Parteien entzogen.

Anders verhält es sich dagegen, wenn die beiderseits inducirte Urkunde vor ihrer realen Production von dem einen Streittheile fallen gelassen wird. Geschieht dies nämlich durch die Partei, welche im Besitze des Documents sich befindet, so ist auch die vom Gegner damit beabsichtigte Beweisführung nach dem früher Erörterten vereitelt; geschieht dies dagegen durch den andern Theil, so ist die Partei, welche das Instrument inne hat, an dessen Production nicht verhindert, wohl aber in der Lage die Aechtheit desselben darzuthun.

---

36) Heise und Cropp jurist. Abh. I. S. 126; Seuffert Archiv Bd. IV. No. 173.

§. 5.

Die Gemeinschaftlichkeit der Zeugenaussagen.

Bei Prüfung der Gemeinschaftlichkeit der Zeugenaussagen bieten sich Verhältnisse dar, welche theils den bei Urkunden vorkommenden analog, theils von denselben wesentlich verschieden sind.

Eine Analogie zwischen beiden Arten von Beweismitteln tritt darin hervor, daß sie nur von einer Partei oder von beiden Streittheilen vorgeschlagen sein können, daß ferner der Inhalt einer Zeugenaussage wie derjenige einer Urkunde ein einfacher oder ein zusammengesetzter sein kann.

Dagegen wird anders wie bei Urkunden der zusammengesetzte Inhalt einer Zeugenaussage nie ein verschiedenartiger sein, sondern sich immer nur als ein Zeugniß qualificiren, welchem freilich hinsichtlich des darin Bezeugten eine größere oder geringere Glaubwürdigkeit zukommen kann. Auch ist der Beweisführer außer Stande zu wissen, wie seine Zeugen aussagen werden, während ihm der Inhalt der Urkunde, die er inducirt, bekannt; womit denn zusammenhängt, daß eine Partei zwar nicht die Glaubwürdigkeit des Inhalts des von ihr angezogenen Instruments, soweit dasselbe für producirt zu erachten, zu bestreiten, wohl aber diejenige der Aussagen ihrer Zeugen mit Wirksamkeit zu bemängeln vermag. Endlich kann bei der Beantwortung der Frage nach der Gemeinschaftlichkeit der Zeugenaussagen die Erörterung nicht umgangen werden, ob und inwieferne der Gegner des Zeugenführers ihm günstige Depositionen durch Interrogatorien zu veranlassen befugt, und ob der Richter Aussagen von Zeugen über Thatsachen, rücksichtlich welcher diese nicht vorgeschlagen worden, zu berücksichtigen hat.

Unterstellen wir nun zunächst den Fall, daß ein Zeuge nur von Einer Partei vorgeschlagen worden, so unterliegt es vorerst keinem Zweifel, daß dessen Aussagen der Gegenpartei insoferne zu Statten kommen, als sie Momente enthalten, welche die Glaubwürdigkeit des abgegebenen Zeugnisses mehr oder weniger schwächen oder sogar aufheben, sei es, daß die Deposition mit geringerer Bestimmtheit geschehen oder daß sie auf dem Wege einer nachträglichen Berichtigung einer frühern entgegengesetzten Aeußerung

Statt gehabt, oder daß die Angaben der Zeugen über Ort und Zeit der bezeugten Wahrnehmung nach Beschaffenheit der Umstände gegen deren Sicherheit oder für die Unsicherheit der Erinnerung des Deponenten sprechen, oder daß endlich die Aussage sich als ein testimonium de auditu darstellt. Daß insoweit eine Gemeinschaftlichkeit der Zeugenaussagen eintritt, ergiebt sich nicht allein aus der Natur der Sache, sondern folgt auch daraus, daß es dem Producenten gestattet ist, derartige ihm günstige Erklärungen der gegnerischen Zeugen durch die Einreichung specieller Fragestücke zu veranlassen.

Allein es kommen die Depositionen der Probantischen Zeugen dem Probaten noch in einem weitern Umfange zu Statten, nämlich insoferne, als sie Gründe gegen die Wahrheit der Thatsache, zu deren Beweis der betreffende Zeuge producirt worden, enthalten [37].

Denn hat eine Partei für die Herstellung eines gegebenen Ereignisses einen Zeugen producirt, so ist dessen Deposition in Ansehung des betreffenden Beweissatzes nunmehr schlechtweg der richterlichen Prüfung unterbreitet, und demnach, wie wir dies hinsichtlich der Urkunden ausgeführt, nicht blos unter der Voraussetzung in Betracht zu nehmen, daß sie Gründe für die juristische Wahrheit der Thatsache, welche sie zu erbringen bestimmt war, enthält, sondern auch dann, wenn sie Gründe gegen diese Wahrheit abgeben sollte.

Eine andere Frage ist nun freilich die, ob der Probat befugt ist, die Beibringung derartiger Gründe durch Einreichung specieller Fragestücke zu veranlassen. So hatte z. B. in einem Negatorien-Streite der Beklagte Zeugen zum Beweise inducirt, daß eine ihm angehörige Mühle während eines längeren Zeitraums fortwährend, d. h. ohne Beschränkung der Zeit nach, mittelst des Wassers aus den klägerischen Teichen betrieben worden, wobei es fraglich war, ob ein zum betreffenden Beweisartikel von productischer Seite eingereichtes Fragestück zulässig sei, welches

37) Linde Zeitſ. f. Civilr. u. Proc. Bd. VI. S. 392; Heffe im Archiv f. civ. Prax. Bd. XXIII. S. 7. II.

dahin ging, ob Zeugen nicht gesehen, daß der Betrieb der Mühle mittelst des Teichwassers innerhalb des gegebenen Zeitraums zeitweise unterbrochen gewesen, nämlich so oft der in der Nähe liegende Fluß nicht in die Teiche eingeschlagen wurde.

Man kann sich nun für die Zulassung solcher Fragestücke, die übrigens mit den im Allgemeinen auf den Gegenbeweis gerichteten s. g. gemeinen Fragestücke zur Sache oder interrogatoria praeliminaria [38]) nicht zu verwechseln, nicht auf Cap. 29 X de testib. (2. 20) berufen [39]), da diese Stelle in der That keinerlei Beziehung auf die Interrogatorien darbietet. Ebensowenig kann man sich aber für deren Ausschließung darauf gründen, daß dieselben, indem sie eine Gegenbeweisführung bezwecken, in der Form von Gegenbeweisartikeln aufzustellen [40]), weil auch die gewöhnlichen zweifellos gestatteten speciellen Fragestücke den Zweck haben, Material des directen Gegenbeweises, freilich in anderer Richtung, zu den Acten zu bringen. Auch ist gegen die Zulässigkeit der fraglichen Interrogatorien der Grund nicht entscheidend, daß, da das gemeine Recht Contra-Interrogatoria nicht gestatte, der Producent des Vortheils beraubt würde, den er alsdann hätte, wenn jene Fragen in die Form von Gegenbeweisartikeln eingekleidet wären, nämlich selbst wieder Fragestücke dazu einzureichen [41]). Denn es steht offenbar der Umstand, daß der Producent keine Contra-interrogatoria zu stellen befugt, der Einreichung von Fragestücken Seitens des Producenten insoweit nicht entgegen, als die Aussagen der Zeugen des Probanten, wenn sie durch Interrogatorien nicht veranlaßt worden, diesem zum Nachtheile gereichen können. Hiernach dürfte aber die Zulässigkeit von Fragestücken, welche die Probantischen Zeugen veranlassen sollen, Gründe gegen die Wahrheit der Thatsache, zu welchen dieselben inducirt, beizubringen,

---

38) V. Seyfart Proceß I. Kap. 13, §. 20.

39) So Böhmer J. P. E. II. tit. 20 §. 40.

40) So Linde Lehrb. §. 267.

41) So Danz ord. Proc. §. 286; Schmid Handb. II. S. 259 und Not. 21; Bayer Vortr. S. 943.

insoferne nicht beanstandet werden, als sie sich nicht etwa als verfängliche darstellen [42]).

Wenn die Gemeinschaftlichkeit der Aussagen der Probantischen Zeugen insoweit unbestritten, als jene Gründe gegen die Glaubwürdigkeit der Deposition oder gegen die Wahrheit der Thatsache, welche mittelst derselben hergestellt werden sollte, enthalten, so ist eine andere Frage die, ob bei einem zusammengesetzten Beweisthema jene Zeugnisse dem Producten dann zu Statten kommen, wenn sie Gründe gegen die juristische Wahrheit solcher Beweissätze liefern, welche der Probant mittelst anderer Beweismittel herzustellen unternommen hat. Gesetzt z. B. eine Ehefrau hat zur Begründung ihres Ehescheidungsgesuchs den zweifachen Beweis des Ehebruchs und der gefährlichen Mißhandlung von Seiten ihres Mannes angetreten, und für die Herstellung der erstern Thatsache einen Zeugen inducirt, den sie bezüglich der zweiten nicht vorgeschlagen, so folgt aus dem über die Gemeinschaftlichkeit des Zeugnisses bisher Erörterten an sich noch nicht, daß die Erklärung jenes Zeugen bei Gelegenheit der an ihn hinsichtlich des Ehebruchs gerichteten Frage, er habe, obwohl er oft mit den Eheleuten zusammengekommen, auch in deren unmittelbaren Nähe wohne, nie eine Mißhandlung Seitens des Ehemannes, sondern vielmehr nur ein anständiges Benehmen desselben gegenüber der Frau wahrgenommen, zu Gunsten des Probaten einen Beweisgrund gegen die Wahrheit der ihm vorgeworfenen Mißhandlung abgiebt.

Ist demnach in dieser Hinsicht die Frage offen, inwieweit die Gemeinschaftlichkeit der Probantischen Zeugenaussagen reicht, so haben wir nirgends eine bestimmte Beantwortung derselben gefunden, indem man sich mit der Aufstellung des Satzes begnügt, daß die Depositionen der Zeugen von dem Producten gegen den Producenten benutzt werden können [43]), oder daß der Probant dasjenige, was die abgehörten Zeugen über das von ihm

---

42) Seyfart Reichsproc. Bd. I. Cap. XIII. §. 20 zu Not. d.

43) Linde Zeitschr. f. Civilr. u. Proc. Bd. VI. S. 392.

zu erweisende thema probandum zu Gunsten des Probaten ausgesagt, ebenso gelten lassen müsse [44].

In der That scheint aber die Erledigung jenes Punkts von der Entscheidung der Controverse abzuhängen, ob der Richter bei einem zusammengesetzten Beweisthema die Aussagen eines Zeugen über einen Beweissatz, zu welchem derselbe nicht vorgeschlagen worden, zu Gunsten des Probanten zu berücksichtigen hat. Denn ist dies der Fall, so muß eine solche Deposition nach den früher erörterten Grundsätzen über Gemeinschaftlichkeit auch dem Probaten zu Statten kommen, währenddem es sich von selbst versteht, daß dem Beweisführer die Aussagen seiner Zeugen in Betreff der Beweissätze, hinsichtlich welcher sie zu seinen Gunsten nicht zu berücksichtigen, auch nicht entgegengesetzt werden können.

Eine ausdrückliche Entscheidung der angedeuteten Streitfrage geben unsere Quellen nicht, und insbesondere ist eine solche in dem hier oft angezogenen Cap. 29 X de testib. (2. 20) nicht zu finden. Denn es stellt diese Stelle nur den sich von selbst verstehenden Satz auf, daß ein Zeuge, welcher als solcher lediglich rücksichtlich einer gegebenen Thatsache, nämlich des Fundaments einer exceptio dilatoria, zu deren Beweis er vorgeschlagen, beeidigt worden, über andere Begebenheiten nicht zu hören sei, während im weitern von dem Falle die Rede ist, daß beide Theile sich in einer Streitsache auf den nämlichen Zeugen berufen haben.

Ebensowenig kann man sich aber bei der beregten Controverse auf die mittelalterlichen Rechtsbücher berufen. Denn bestimmen diese allerdings, daß derjenige, welcher sich ohne Aufforderung vor Gericht zum Zeugnisse erboten, als Zeuge zu beseitigen sei [45], — offenbar deshalb, weil eine solche Person durch ihr Benehmen sich als völlig unglaubwürdig darstellt, so kann das nämliche nicht schlechtweg in dem Falle behauptet werden, daß derjenige, welcher richterlich zum Zeugnisse aufgefordert, in

---

44) Hesse Arch. f. civ. Prax. Bd. XXIII. S. 7.

45) Sachsensp. III. 37 §. 2; Richtst. Landr. (Homeyer) Cap. 8 §. 3.

seiner Antwort über die an ihn gestellte Frage hinausgeht und demnach bezüglich solcher Thatsachen, über die er nicht befragt worden, Zeugniß ablegt.

Indessen stellten die ältern Processualisten, freilich besonders mit Rücksicht auf die oben angezogene Decretale, den Satz auf:

„Si testes inducuntur ad unum articulum tantum et dicunt super alio, non valet dictum eorum in illo alio articulo“ [46]);

während von Neuern vielfach behauptet wird, daß, wenn der Zeugeneid nicht speciell blos auf den Gegenstand gerichtet, zu welchem der Zeuge vorgeschlagen worden, der Richter befugt sei, die gesammte Zeugenaussage für alle Punkte des Beweises zu benützen [47]).

Doch verdient diese letztere Ansicht unseres Erachtens keine Billigung. Denn ist bei einem zusammengesetzten Beweisthema ein Zeuge vom Probanten nur zu einem gegebenen Beweissatze vorgeschlagen worden, so ist er hinsichtlich der übrigen der Partei zum Beweise obliegenden Thatsachen nicht inducirt, und ist demnach dessen Deposition, soweit sie diese letztern betrifft und nicht etwa zur Aufklärung, nähern Bestimmung oder Berichtigung des zu jenem Beweissatze abgelegten Zeugnisses geschehen, nicht allein um deßwillen verdächtig, weil sie unaufgefordert Statt gehabt, sondern aus dem Grunde nicht zu berücksichtigen, weil der Zeuge insoweit nicht als ein vom Beweisführer gebrauchtes Beweismittel erscheint. Die entgegengesetzte Ansicht wird aber durch die Bemerkung nicht gerechtfertigt, daß eine Sonderung der Aussagen des Zeugen einer blosen Form ein ungebührliches Gewicht auf Kosten des materiellen Rechts einräumen würde, weil es eben Grundsatz des gemeinen Rechts ist, daß der Richter nur rechtzeitig inducirte Beweismittel zu berücksichtigen, und hieraus folgeweise sich ergibt, daß er solchen, soferne eine Sonderung möglich, nur insoweit Rechnung zu tragen hat, als sie vorge-

46) Tancredi ord. judic. P. III. tit. 5 §. 4 (b. Bergmann p. 219); — Duranti specul. lib. I. Part. IV. nr. 64; Gail observ. pract. lib. I. obs. 95 nr. 5; Farinacius de testib. Quaest. 71 nr. 1 sqq.

47) Strube rechtl. Bedenken, IV. Nr. 199; Danz ordentl. Proc. §. 311 Not. e; Seuffert Arch. Bd. VIII. Nr. 315.

schlagen worden. Ist es aber ferner zweifellos, daß einerseits eine Vervollständigung der Beweisantretung nach abgelaufener Beweisfrist unstatthaft, sowie daß andererseits der Richter nicht befugt ist, einen Zeugen über Thatsachen, zu welchen dieser nicht inducirt, zu vernehmen, — womit jedoch nicht gesagt sein soll, daß jener bei dem Zeugenverhöre schlechtweg an die Beweisartikel gebunden sei [48]), — so läßt sich nicht einsehen, wie eine Zeugenaussage, welche weder der Probant, noch der Richter zu veranlassen berechtigt, wenn sie zufällig geschehen, jenem zu Statten kommen sollte.

Nützen aber dem Producenten die Aussagen seiner Zeugen hinsichtlich solcher Beweissätze, zu denen dieselben nicht inducirt worden, nicht, so können sie ihm auch, wie schon früher bemerkt, nicht schaden, und reicht demnach die Gemeinschaftlichkeit der Depositionen der Probantischen Zeugen nur soweit, als darin Gründe gegen die Glaubwürdigkeit des Zeugnisses oder gegen die juristische Wahrheit der Thatsache, zu deren Herstellung der betreffende Zeuge vorgeschlagen war, enthalten sind.

In ähnlicher Weise kommen nun die Aussagen der Zeugen, welche der Probat zur Führung eines directen Gegenbeweises producirt, dem Probanten nicht allein dann zu Statten, wenn sie Momente gegen ihre Glaubwürdigkeit enthalten, sondern auch insoferne, als sie Gründe für die juristische Wahrheit der Thatsache beibringen, bezüglich welcher sie Gegenbeweisgründe beschaffen sollten, vorausgesetzt, daß der Beweis dieser Begebenheit nicht versäumt ist. — Denn es hat der Richter, wie bereits beim Urkundenbeweise ausgeführt worden, das ihm in Betreff eines gegebenen Beweissatzes unterbreitete Material ohne Rücksicht auf die Partei, von welcher es beigebracht worden, zu prüfen und dessen Ergebnisse für und wider die juristische Wahrheit der in Frage stehendenden Thatsache festzustellen.

Hiernach läßt sich denn, um das Gesagte zusammenzufassen, der Grundsatz formuliren, daß die Aussagen eines Probantischen Zeugen dem Probaten insoweit zu

---

48) V. Mittermaier im Arch. f. civ. Prax. Bd. V. S. 184 sq.

Statten kommen, als sie Gründe gegen die Glaubwürdigkeit des abgelegten Zeugnisses oder gegen die Wahrheit der Thatsache, zu welcher der Zeuge inducirt worden, enthalten; während die Depositionen eines Reprobantischen Zeugen dem Reprobaten insoferne nützen, als sie Gründe für die Wahrheit des Beweissatzes, gegen welchen der Zeuge vorgeschlagen, herstellen, vorausgesetzt, daß der Beweis derselben nicht versäumt worden ist.

Dagegen geht, wie im Vorstehenden ausgeführt, die Gemeinschaftlichkeit der Aussagen der Zeugen einer Partei nicht soweit, daß dieselben dem Gegner zum Zweck des Beweises oder Gegenbeweises in Betreff einer Thatsache, rücksichtlich welcher der Zeuge weder als Beweis-, noch als Gegenbeweismittel vorgeschlagen worden, Vortheil brächten.

Wohl aber entsteht die Frage, wie lange eine Partei ihre Zeugen mit der Wirkung fallen lassen kann, daß sie die ihr aus der Gemeinschaftlichkeit der Aussagen derselben drohenden Nachtheile abwendet.

Daß wir auch hier keine directe Entscheidung in unsern Quellen haben, dürfte um so eher einleuchten, als diese überhaupt von der Gemeinschaftlichkeit der Zeugnisse nicht handeln. Insbesondere haben aber die Gesetze nirgends den Grundsatz ausgesprochen, daß der Producent seine Zeugen nicht willkürlich fallen lassen könne [49]), und ist dies namentlich nicht in Cap. 40 X de testib. (2. 20) geschehen, woselbst lediglich von dem Falle die Rede, daß der zur Zeugenvernehmung ernannte Commissarius selbst als Zeuge denominirt und deshalb ein anderer Richter zur Vornahme des Geschäfts bestimmt wurde [50]).

Der Natur der Sache nach wird man nun, wie wir dies bereits hinsichtlich der Urkunden entwickelt, sagen müssen, daß eine Partei die ihr aus der Gemeinschaftlichkeit der Depositionen ihrer Zeugen drohenden Nachtheile durch Aufgeben dieser letztern

---

49) Linde Zeitschr. Bd. VI. S. 392.

50) Hesse im Arch. f. civ. Prax. Bd. XXIII. S. 9.

so lange und nur so lange abzuwenden vermag, bis der Richter im Stande ist, die Ergebnisse dieser Beweisführung zu prüfen, bis also mit a. W. die betreffenden Zeugen gerichtlich einvernommen sind, da hiermit nunmehr das Stadium der richterlichen Officialthätigkeit beginnt.

Dieses aus der Natur der Sache sich ergebende Resultat wird nun allerdings indirect durch den R. D. A. v. 1600 §. 28, bestätigt. Dann bestimmt dieses Gesetz, daß der Rotulus, welcher die attestationes von Zeugen, die ad perpetuam rei memoriam vernommen werden, enthalte, dem Probanten nicht ohne einen Schein des Proceßrichters, daß die Sache anhängig und man der Attestationes bedürftig, oder die Einwilligung der Gegenpartei herausgegeben werden solle, so erkennt es damit an, daß es dem Zeugenführer nicht freisteht, die bereits stattgehabte Zeugenvernehmung für die fragliche Streitsache ungeschehen zu machen, aus welchem Grunde denn auch anzunehmen ist, daß es dem Probaten gestattet, auf der Vorlage des Rotulus über das zum ewigen Gedächtnisse aufgenommene Zeugenverhör zu bestehen[51].

Die Gemeinschaftlichkeit eines Zeugen tritt hiernach aber nicht schon mit der Beweisantretung ein, so daß die Gegenpartei, welche denselben nicht ihrerseits rechtzeitig inducirt, dessen Vernehmung auf die Beweisartikel verlangen könnte[52]; und ebensowenig findet jene schon statt, wenn der Gegner des Beweisführers in der Beweiseinredeschrift keine Einwendungen gegen die Zulässigkeit des Zeugen vorgeschützt oder solcher Einreden unerachtet auf dessen Production erkannt worden[53].

Wie eine Urkunde, so kann übrigens auch ein Zeuge von beiden Parteien als Beweismittel vorgeschlagen werden. Dies ist zunächst ohne Beschränkung statthaft, wenn der Zeuge, wie in dem in c. 29 X. de testib. (2. 20) erwähnten Falle, von jedem der beiden Theile über verschiedene Thatsachen inducirt, jedoch

---

51) Linde, Abhandl. II. S. 40; dagegen Gesterding Nachf. II. S. 344 sqq.

52) Dagegen: Hannöv. Proc.-Ordn. §. 255.

53) Dagegen: Bad.-Proc-Ordn. §§. 442 — 445; Oldenburg. Proc.-Ordn. Art. 157.

auch in der Art möglich, daß die nämliche Person in Betreff des nämlichen Beweissatzes als Beweis- und Gegenbeweiszeuge vorgeschlagen wird, falls nur deren Depositionen hinsichtlich der Fragen, die auf Veranlassung der einen Partei an sie gerichtet worden, nicht bereits eröffnet[54]).

Daß nun in dem zuerst angedeuteten Falle die Aussagen der Zeugen in dem früher bezeichneten Umfange dem Gegner des Zeugenführers gemeinschaftlich sind, versteht sich nach dem Vorstehenden von selbst, während sich der Umstand, daß die nämliche Person in Ansehung des nämlichen Beweissatzes als Beweis- und Gegenbeweismitttel vorgeschlagen worden, praktisch darin äußert, daß das Aufgeben dieses Zeugen von Seiten der einen Partei, wenn sie auch vor dessen Vernehmung geschehen, die Abhörung desselben zu Gunsten der andern natürlich nicht hindert.

Wenn übrigens, wie wir früher ausgeführt, ein von beiden Theilen in Betreff der nämlichen Begebenheit oder verschiedener Beweissätze inducirter Zeuge als vollkommen glaubwürdig zu betrachten, so ist die Partei, welche denselben vor dessen Vernehmung über die Thatsachen, zu welchen sie ihn vorgeschlagen, aufgibt, nunmehr befugt, Einwendungen gegen dessen Zulässigkeit insoferne geltend zu machen, als nicht etwa die zu diesem Zwecke gegebene Frist versäumt ist.

Ueber dingliche Gewerberechte.

Von

Dr. Schmid,

Professor der Rechte in Bern.

(Schluß des Aufsatzes Nr. 1 im vorigen Hefte.)

III. Die Gwerbemonopole und Zwangs- und Bannrechte.

§. 15.

Es ist ohne Zweifel unrichtig, wenn Maurenbrecher sagt, ein Realgewerberecht gebe dem Berechtigten kein Recht gegen

54) Clem. 2 de testib. (2. 8).